

Mardi 21 septembre 2017 – Centre de l'Espérance, Genève
La protection des données dans les relations de travail

Séminaire organisé par le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, en collaboration avec l'OCIRT

La protection des données durant les relations de travail

Prof. Jean-Philippe Dunand
Avocat, co-directeur du CERT

unine
UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

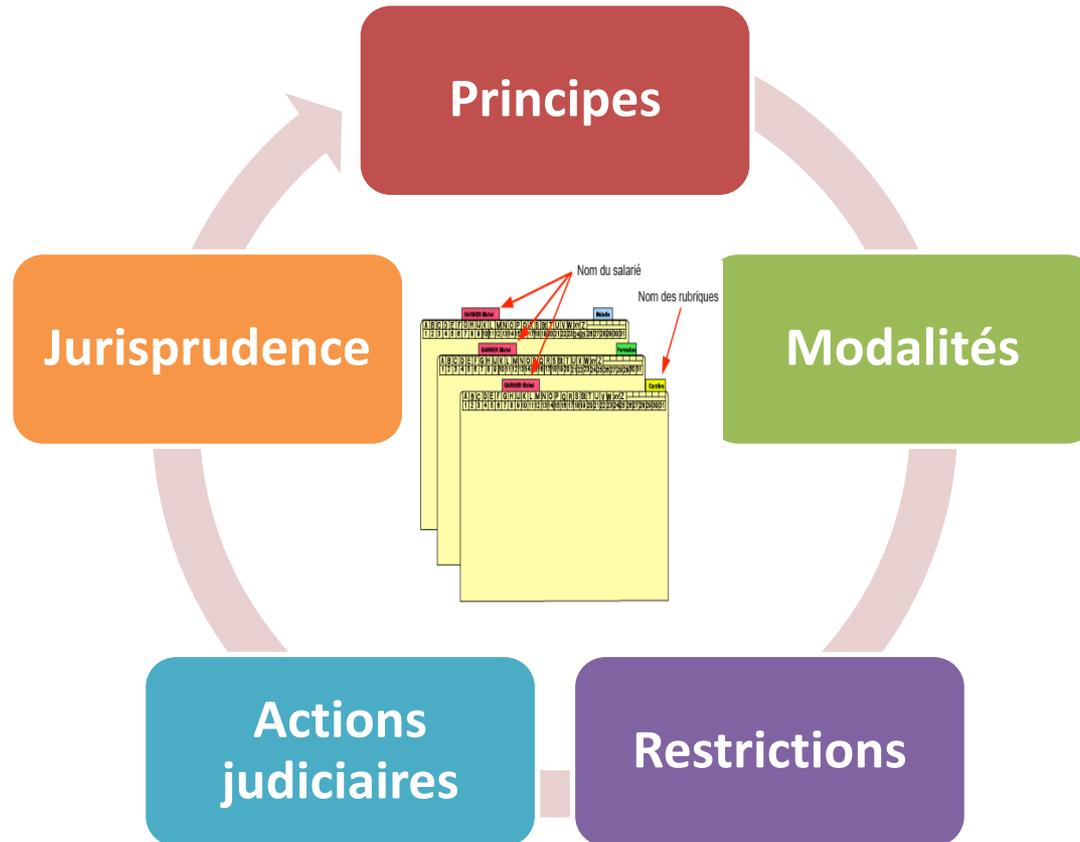
FACULTÉ DE DROIT



Plan

- **1. Le droit d'accès de l'employé à son dossier personnel**
 - **2. La communication de données personnelles à des tiers**
 - **3. La confidentialité du salaire**
 - **4. La surveillance des travailleurs**
- **5. Pour approfondir – Publications récentes**

1. Droit d'accès de l'employé à son dossier personnel



1. Droit d'accès de l'employé à son dossier personnel

Principes

- Art. 8 al. 1 LPD: «Toute personne peut demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées».
- Art. 8 al. 2. Droit d'accéder à toutes les données d'un fichier, d'en connaître leur origine, le but (du traitement), les catégories et les destinataires.
- Droit d'accès = «pierre angulaire» de la protection des données.
- Pas de droit d'accès direct au dossier, mais droit d'en recevoir des copies.

1. Droit d'accès de l'employé à son dossier personnel

Modalités

- Le droit d'accès existe en tout temps.
- Art. 8 al. 5 LPD: «Les renseignements sont, en règle générale, fournis gratuitement et par écrit, sous forme d'imprimé ou de photocopie. Le Conseil fédéral règle les exceptions».
- Précisions dans l'OLPD (art. 1 et 2):
 - ✓ demande écrite de T.;
 - ✓ E. communique les copies par écrit dans un délai de 30 jours;
 - ✓ gratuité, sauf si volume de travail considérable; participation de 300 fr. maximum;
 - ✓ possibilité, d'entente entre les parties, de se limiter à la consultation des données chez E.

1. Droit d'accès de l'employé à son dossier personnel

Restrictions

- Art. 2 al. 2 let. a LPD. Exclusion des notes personnelles.
- Art. 9 al. 1-4 LPD. E peut refuser totalement ou partiellement, provisoirement ou définitivement, l'accès de T, à son dossier personnel si:
 - ✓ une loi le prévoit;
 - ✓ intérêt prépondérant d'un tiers;
 - ✓ intérêt prépondérant de E.
- Art. 9 al. 5 LPD. L'E. doit indiquer le motif pour lequel il refuse de fournir, restreint ou ajourne les renseignements.
- Attention : interdiction d'utiliser un «dossier gris».

1. Droit d'accès de l'employé à son dossier personnel

Actions judiciaires

- ✓ Art. 8 LPD. Action en exécution du droit d'accès.
- ✓ Art. 15 LPD. Action en rectification des données inexactes.

1. Droit d'accès de l'employé à son dossier personnel

Jurisprudence

- ATF 141 III 119 (12 janvier 2015).
- Obligation d'une banque de communiquer par écrit à ses ex-employés les données personnelles les concernant qui ont été transmises aux autorités américaines.
- TF: pas de base légale ni d'intérêt prépondérant de tiers justifiant des restrictions au droit d'accès.
- L'intérêt des employés à obtenir une copie des données litigieuses l'emporte sur l'intérêt de la banque.

2. La communication de données personnelles à des tiers



2. La communication de données personnelles à des tiers

Externalisation, outsourcing

- **Art. 10 a LPD. La délégation d'un traitement de données est autorisée si:**
 - ✓ la délégation est prévue dans la loi ou une convention entre l'employeur et le mandataire; E. doit en particulier s'assurer que le tiers garantit la sécurité des données;
 - ✓ le mandataire procède à des traitements que l'employeur aurait été en droit de faire;
 - ✓ aucune obligation légale ou contractuelle n'interdit le traitement.

2. La communication de données personnelles à des tiers

Communication de données à l'étranger

- Art. 6 al. 1 LPD. Principe de la législation assurant un niveau de protection adéquat.
- Art. 7 OLPD: le Préposé fédéral publie une liste. Y figurent, par exemple, la plupart des pays européens, ainsi que l'Argentine, le Canada et la Nouvelle-Zélande.
- Pour les Etats-Unis, accord spécifique du 1.1.2017 (*Bouclier de protection des données Suisse-Etats-Unis*).
- Pays possédant une législation adéquate: communication selon les mêmes principes que pour l'externalisation.

2. La communication de données personnelles à des tiers

Communication de données à l'étranger

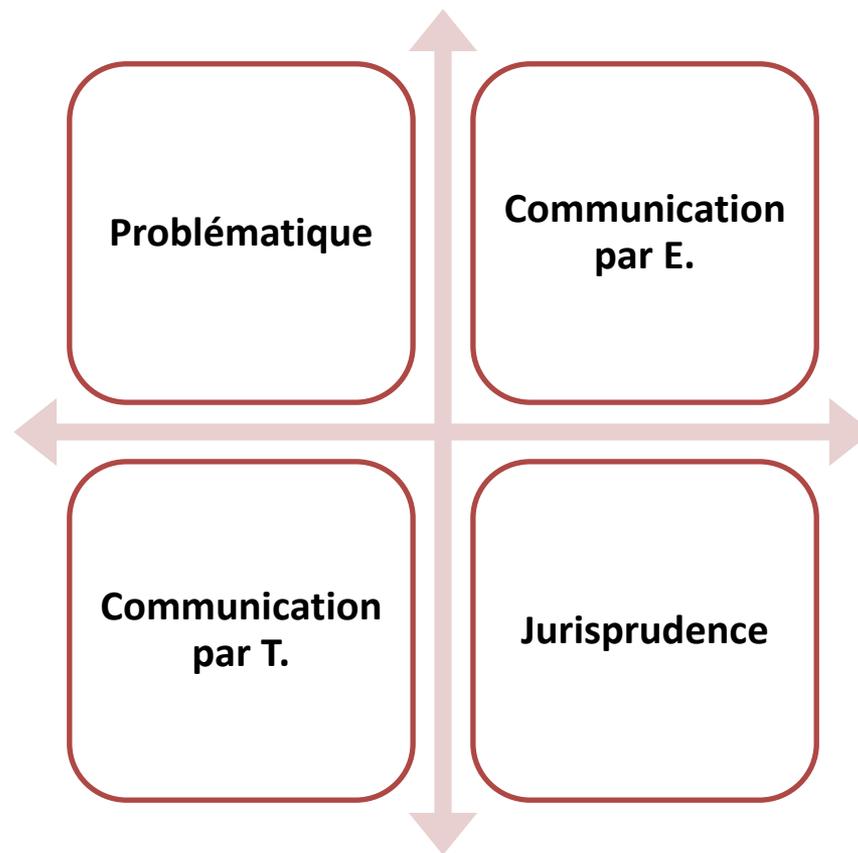
- Pays n'assurant pas un niveau de protection adéquat.
- Y figurent, par exemple, la Chine, l'Inde, la Turquie et la Russie.
- Art. 6 al. 2 LPD. Les données personnelles peuvent être communiquées si:
 - ✓ garanties suffisantes résultant de clauses contractuelles; le Préposé fédéral doit être informé;
 - ✓ la personne (travailleur) concernée a donné son consentement;
 - ✓ autres motifs possibles.

2. La communication de données personnelles à des tiers

Jurisprudence

- Arrêt du Tribunal fédéral 4A_73/2017 (26 juillet 2017).
- Décision d'une banque suisse de communiquer aux autorités américaines des données concernant les activités d'un cadre de la banque.
- TF: faute d'être parvenue à démontrer l'existence d'un intérêt public prépondérant ou de la défense d'un droit en justice au sens de l'art. 6 al. 2 let. d LPD, la banque n'est pas autorisée à transmettre aux autorités américaines des données concernant ce cadre.

3. La confidentialité du salaire



3. La confidentialité du salaire

Problématique

- Pas de disposition légale.
- Intérêts contradictoires:
 - ✓ confidentialité et transparence;
 - ✓ employeur et employé.

3. La confidentialité du salaire

L'employeur peut-il communiquer le salaire à des tiers?

- Atteinte potentielle à la personnalité du travailleur.
- Motifs justificatifs:
 - ✓ base légale;
 - ✓ intérêt prépondérant privé ou public;
 - ✓ consentement du travailleur.
- Réparations (dommages-intérêts / tort moral).

3. La confidentialité du salaire

L'employé peut-il communiquer son salaire à des tiers?

- Liberté de l'employé.
- Protection des intérêts de l'employeur.
- Pesée des intérêts:
 - ✓ communication à des collègues de travail;
 - ✓ critique de la politique salariale de l'entreprise;
 - ✓ communication du salaire à un concurrent.
- Protection du travailleur contre le licenciement.

3. La confidentialité du salaire

Jurisprudence

- TF du 14 décembre 1994 (JAR 1995 214): un T. a le droit de parler à ses collègues de son propre salaire et de les encourager à demander des augmentations.
- TF 4A_283/2010 /11 août 2010): dans une affaire concernant la branche des taxis, le TF a considéré que l'E. n'était pas parvenu à démontrer en quoi la connaissance des salaires versés dans l'entreprise pouvait constituer un secret d'affaires.

4. La surveillance des travailleurs

Règles applicables

Principe général



Surveillance licite

Jurisprudence

4. La surveillance des travailleurs

Règles applicables

- **Art. 321d CO. Droit de l'employeur de donner des directives.**
- **Protection de la personnalité et des données.**
- **Législation sur le travail (art. 6 LTr et art. 26 OLT 3).**

Section 5 Surveillance des travailleurs

Art. 26

¹ Il est interdit d'utiliser des systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail.

² Lorsque des systèmes de surveillance ou de contrôle sont nécessaires pour d'autres raisons, ils doivent notamment être conçus et disposés de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs.

4. La surveillance des travailleurs

Principe général

- Distinction entre des simples mesures de surveillance (licites) et des mesures de surveillance qui portent uniquement ou essentiellement sur le comportement des travailleurs (illicites).

4. La surveillance des travailleurs

Conditions d'une surveillance licite

- ✓ Le système est justifié par d'autres raisons (art. 26 al. 2 OLT 3): protection ou sécurité des personnes et biens; organisation et contrôle du travail, formation, ...
- ✓ Intérêt prépondérant de l'employeur/ intérêt public.
- ✓ Ne porte pas atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des T.
- ✓ Respecte les principes généraux (cf. art. 4 et 5 LPD), notamment le principe de la proportionnalité.
- ✓ Les employés sont informés de l'existence du système et de ses modalités d'utilisation, de la durée de conservation des données et de leur destruction.

4. La surveillance des travailleurs

Jurisprudence

- ATF 130 II 425 (13 juillet 2004) – Société active dans l'installation, l'entretien et la réparation d'extincteurs d'incendie. Système GPS installé sur les véhicules de l'entreprise. Les employés en ont été informés.
- C'est moins le type de surveillance ou ses effets comme tels qui vont déterminer si un système de surveillance est admissible ou non, que les motifs qui ont prévalu à sa mise en place ou les buts que poursuit son utilisation.
- Intérêts public et privé prépondérant peuvent justifier la mesure. Quid de la proportionnalité?
- Nécessité de mesures d'instructions complémentaires pour déterminer les véritables caractéristiques techniques et l'étendue des possibilités de surveillance offertes par le système.

4. La surveillance des travailleurs

Jurisprudence

- **ATF 139 II 7 (17 janvier 2013) - Licenciement immédiat d'un fonctionnaire tessinois qui a utilisé son ordinateur à des fins privées pendant 23% de son temps de travail.**
- **L'emploi d'un logiciel espion constitue une mesure prohibée ou en tous les cas disproportionnée (pondération entre intérêt de l'employeur et intérêt de l'employé).**
- **Moyen de preuve obtenu de manière illicite; licenciement immédiat injustifié.**

4. La surveillance des travailleurs

Jurisprudence

- TF 8C_79/2016 (30 juin 2017).
- Licenciement immédiat d'un employé des CFF qui a consulté depuis son poste de travail à de multiples reprises (+ de 80 heures sur 17 jours) des sites à contenu pornographique.
- L'analyse nominale de l'utilisation du PC par un employé doit être précédée d'une information écrite.
- L'utilisation d'une preuve obtenue de manière illicite est possible lorsque l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt à la protection de la personnalité.
- Licenciement immédiat justifié.

5. Pour approfondir – Publications récentes



Jean-Philippe DUNAND et Pascal MAHON (éds), La protection des données dans les relations de travail, Genève, Zurich/Bâle 2017.

**Guide pour le traitement
des données personnelles
dans le secteur du travail**

PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail – Traitement par des personnes privées, Berne 2014.



Conclusion

- **Je vous remercie pour votre attention!**
- Jean-Philippe.Dunand@unine.ch
- www.droitdutravail.ch